

AS LEIS DO COMÉRCIO ELECTRÓNICO: TENTATIVA DE DESCONSTRUÇÃO DE UM COMPLEXO PUZZLE

Hugo Lança Silva

SUMÁRIO

INTRÓITO.

1. A REGULAÇÃO NA INTERNET.
2. A REGULAÇÃO NO COMÉRCIO ELECTRÓNICO.
3. DEFINIÇÃO DE COMÉRCIO ELECTRÓNICO.
4. AS FONTES DO COMÉRCIO ELECTRÓNICO.
5. A CONTRATAÇÃO ELECTRÓNICA NO DIREITO PORTUGUÊS (BREVE SÍNTESE).
6. CONCLUSÕES.

INTRÓITO

Não é intenção do autor destas linhas, esgotar o complexo quadro legislativo do comércio electrónico, na dupla vertente nacional e comunitária. O nosso desiderato é, tão-somente, realizar um pequeno roteiro pelas leis do comércio electrónico, enfatizando alguns dos seus mais peculiares aspectos, procurando de forma positiva a crítica, com o intuito de auxiliar a otimizar a vasta regulamentação existente.

Um bom início, poderá ser, esclarecer o mais distraído leitor: não existe uma Lei do Comércio Electrónico, apesar de comumente assim ser designado o Decreto-Lei 7/2004, de 7 de Janeiro; a realidade existente são heterogéneos e dispersos diplomas que procuram regular esta temática, de modo nem sempre conciliável, suscitando no desventurado intérprete um manto nebuloso de incerteza.

Talvez importe recordar o que muito se esquece; os destinatários

das normas não são os técnicos especializados, mas o cidadão comum, que com absoluta certeza se perde neste labiríntico complexo jurídico.

Enfatizamos este aspecto: num ramo de Direito vocacionado para o Mercado, a clareza legislativa é fundamental para que determinado Instituto jurídico beneficie de aplicabilidade prática, para realizar a sua causa função, que não pode ser o mero deleite jurídico-intelectual, mas servir os interesses da Economia.

Meditar sobre comércio electrónico, indagar sobre a sua roupagem teórica de molde a facilitar a sua aplicação prática, é debruçar-nos sobre uma das mais pungentes realidades económicas actuais, uma força bruta sem paradigmas geográficos, limites físicos, conseguindo uma aproximação quase perfeita entre empresários e consumidores, com excepcionais níveis de informação.

Na sequência da exposição, avançamos com um argumento pragmático: o comércio electrónico não é uma construção teórica para deleite de querelas dogmáticas em claustros de bibliotecas, mas uma realidade económica de extrema pertinência, que carrila infindáveis vantagens para o comércio e para o mercado. Basta pensarmos que facilmente se constrói um simples *site*, anglicanismo para sítio, para situar a empresa numa situação de concorrência perfeita com qualquer outra, em qualquer parte do mundo. A globalização que tanto se alarde nos nossos dias, se teve a sua génese nas Descobertas dos bravos marinheiros lusitanos, encontra o seu epicentro na Internet.

Pelo prisma do consumidor, a rede oferece-lhe inatacáveis vantagens, não apenas no acto aquisitivo de *per si* como na formação intelectual da decisão de compra, ao permitir-lhe a comparação de uma imensidão de fornecedores dos mesmos ou análogos produtos, num excelente estímulo à sã concorrência. Focamos esta noção; a Internet é um excepcional meio para a democratização do consumo e da concorrência, porque permite que tudo se compre, tudo se venda, em paridade quase absoluta de condições, facilitando a competição entre as pequenas empresas e os monstros do comércio, expressão que no contexto da frase serve para identificar as grandes multinacionais.

O que deixamos escrito, alicerçado com a percepção do paciente leitor, torne inexorável a necessidade de espezitar o crescimento do comércio electrónico, em todas as suas valências; desde logo, num prisma técnico, continuando os aperfeiçoamentos tecnológicos, as infra-estruturas da comunicação, os modelos de segurança e, no que respeita aos

nossos ténues conhecimentos, pela consagração de um quadro jurídico certo, preciso e adequado que estimule o investimento neste campo¹.

1. A REGULAÇÃO NA INTERNET

Uma preocupação recorrente no nosso pensamento, relaciona-se com a controversa questão da necessidade de regular a ciberesfera². *Magna questio* que divide doutrinadores do mais elevado coturno, degladiando-se os que acreditam na infundável capacidade da auto-regulação e os cépticos da capacidade de pessoas e instituições se conformarem ao primado da ética, evocando a necessidade de regulamentação coerciva e imposta pela *manu militari*.

Brevitatis causa, esquematizamos o pensamento dos detractores da regulação, que partindo, quer da utopia libertária³, quer do pragmatismo da dificuldade de os Estados responderem a situações globalizadas que escapam aos moldes territoriais de aplicação do Direito, sustenta-se a inaplicabilidade do Direito à Internet. “Fruto de um exacerbado romantismo libertário, esta tese funda-se no carácter transnacional da rede, na impossibilidade prática e tecnológica de controlo, fiscalização ou coactividade da lei, no anonimato dos utilizadores, tido como inelutável, e na plurilocalização e redundância de conteúdos e fluxos de dados”, peio que se conclui que “sobre tal lugar sem lugar nenhum Estado exerce poder soberano, e que a comunidade formada nesse mundo virtual se auto-regularia em termos fundamentalmente diversos daqueles que formam o direito no mundo real”⁴.

¹ No mesmo sentido que nós ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Serviços da Sociedade da Informação: alguns problemas jurídicos do comércio electrónico na Internet*, FDUNL n. 2 – 2001, pp. 2 e ss.

² Fazemos neste contexto referência à expressão ciberespaço, introduzido na léxico da informática por William Gibson no seu romance “Neuromancer”.

³ “Com efeito, ela assenta num espaço de liberdade – a Internet -, no qual se facultam ao público recursos informativos numa escala sem precedente na história da humanidade e se possibilita a cada um a expressão e a divulgação quase instantânea do seu pensamento através de um meio de comunicação de âmbito universal” (DÁRIO MOURA VICENTE, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Livraria Almedina, Setembro de 2005, p. 95).

⁴ NUNO TROCADO COSTA, *Regulando a contratação electrónica*, in Verbo Jurídico (consultado em Maio de 2005), p. 4. Para uma visão libertária da Internet vide

Nunca foi esse o nosso caminho!

Sendo esta uma querela que continua a encantar e deleitar a melhor doutrina, para gáudio de teóricos e investigadores, contrapondo-se pesados argumentos de filosofia jurídica e política legislativa, o apelo à veracidade dos factos impõe que se afirme que, no que concerne ao comércio electrónico, sempre foram menores as tensões anti-regulação. Com efeito, nem os mais acérrimos paladinos da desregulação da Internet, encontram argumentos ponderosos para sustentar que as empresas que negociam em linha não se submetam aos mesmos princípios jurídicos que as regulam no mundo exterior à Internet.

Por tudo, não estranha que a temática do comércio electrónico tenha sido um campo de eleição para a estatuição de preceitos legais imperativos tendentes a regular este instituto jurídico. Neste campo a legislação é abundante (quicá demasiado abundante), sendo possível encontrar um primado da regulação, quer de âmbito supra-nacional, interna, bem como, provinda de formas alternativas de regulação, como são perfeitos exemplos a *soft law*⁵ e os códigos de conduta⁶.

LAWRENCE LESSIG, *The Laws of Ciberspace*, 1998, in http://www.lessig.org/content/articles/works/laws_cyberspace.pdf (Consultado em Setembro de 2005), DAVID JOHNSON e DAVID POST, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, in <http://www.firstmonday.org/issues/issue1/law/> (consultado em Dezembro de 2005) e JOHN PERRY BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, in <http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html> (consultado em Maio de 2004).

⁵ Esta é uma fonte jurídica que possui características próprias; não é obrigatória senão por adesão voluntária dos Estados ou pela vontade das partes e apoiou-se, de início, em práticas e usos comerciais existentes na matéria, bem como em regras contratuais mais correntes e em modelos contratuais desenvolvidos por organizações internacionais” (ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet, contributo para uma análise numa perspectiva material e interconalprivatista*, Livraria Almedina, Março, 2002, pp. 43/44.)

Urge reconhecer que têm tido como sede privilegiada o comércio telemático (ou comércio electrónico, expressão mais disseminada na doutrina) e, não obstante a inexistência de carácter normativo, têm tido um papel que não devemos escamotear ou desvalorizar. Assiste-se a uma livre vinculação dos agentes económicos a estes princípios, aderindo aos mesmos, na procura de vantagens ou para se eximirem de desvantagens.

⁶ Uma das mais fortes correntes doutrinárias sobre a regulação na Internet aposta na auto-regulação, ou seja, “a regulação levada a cabo pelos próprios interessados” (Vital Moreira, *Auto-regulação profissional e administração pública*, Coimbra Editora, 1997, p. 52.)

Estamos em presença de uma tese marcadamente influenciada pelo pensamento estado-

2. A REGULAÇÃO NO COMÉRCIO ELECTRÓNICO

A eleição por regular a rede, não é alheia a riscos, conforme iremos abordando no decorrer destas linhas; começamos por enfatizar os perigos de uma “hiper-regulação da Internet, por via da aplicação à actividade através dela desenvolvida de uma multiplicidade de leis com conteúdos mais diversos, assim como a prolação de sentenças contraditórias de diversos países que se tenham por competentes para julgar os litígios dela emergentes, é susceptível de coarctar aquela liberdade, restringindo o fluxo da informação através das fronteiras e o acesso do público a esta”⁷.

Abordada a questiúncula da necessidade de regulamentar a Internet, esclarecidos sobre o facto de o comércio electrónico ter passado à margem desta controvérsia, uma nova problemática se assoma na janela do inquiridor, mormente a carência de criar legislação específica para o comércio electrónico ou, por outro lado, a possibilidade de o subsumir às regras tradicionais que regulam o comércio em geral. Uma e outra solução, podem ainda compatibilizadas; nada obsta que a legislação genérica se aplique ao comércio electrónico, criando-se concomitantemente legislação específica para tratar as especificidades das novas tecnologias.

Por questões de princípio, é este o nosso caminho.

Mas a premissa, não dá uma resposta satisfatória à querela; devemos indagar se existe particularidades no comércio electrónico para as quais as leis tradicionais não oferecem respostas satisfatórias.

Sem mais delongas, parece-nos axiomático que sim: a contratação electrónica levanta problemas particulares, nomeadamente ao nível da

unidense, onde se verifica um generalizado sentimento tendente à auto-regulação, a crença que o mercado poderá engendrar as soluções tendentes ao (re)estabelecimento da legalidade na Internet.

A posição de princípio dos apologistas desta tese, baseia-se em dois pilares fundamentais; confiança que o mercado pode dirimir os conflitos, pela procura de um espírito de confiança que só pode advir da legalidade, e o reconhecimento de que as pessoas e entidades que utilizam, exploram e negociam na rede, são as mais aptas para gerar a regulamentação que os deve nortear. O impressionante peso destas teorias não deixou de influenciar o legislador europeu; o que fica escrito prova-se com as recomendações da União Europeia para a criação de códigos de conduta.

⁷ DÁRIO MOURA VICENTE, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Livraria Almedina, Setembro de 2005, p. 95.

validade das vinculações, validade formal das declarações emitidas por via electrónica, a emissão de facturas, pagamentos electrónicos, a licitude de certas práticas publicitárias praticadas em rede, os deveres de informação, a putativa responsabilidade dos prestadores de serviço na rede, entre outras, que exigem soluções específicas.

Reservamos um parágrafo para a problemática do consumidor; se enfatizamos a excelência do comércio electrónico, impõe-se a afirmação de que este não é imune aos perigos de um mercado caprichoso; este modalidade de comércio, pelo imediatismo das suas formas, apresenta perigos específicos, mormente, peculiaridades relacionadas com os níveis de informação dos consumidores, que podem ser atraídos para a satisfação de falsas necessidades, fáceis de corromper pela rapidez da aquisição e comodidade do pagamento virtual⁸.

3. DEFINIÇÃO DE COMÉRCIO ELECTRÓNICO

Quiçá demasiado tarde, pareceu-nos o momento adequado para procurar uma definição de comércio electrónico, tarefa porventura mais complexa do que se poderá suspeitar. Numa primeira aproximação plagiamos Alexandre Dias Pereira, que, não esteia da mais avisada doutrina, o define como a “negociação realizada por via electrónica, isto é, através do processamento e transmissão electrónica de dados, incluindo texto, som e imagem”⁹.

É ainda recorrente entre os pesquisadores¹⁰, dividirem o comércio electrónico em quatro modalidades essenciais, tendo como base os sujeitos em confronto. Assim, é possível classificar o comércio electrónico em:

- Business-to-business (B2B), quando se confrontam empresas com outras empresas;

⁸ As nossas preocupações encontram desenvolvido eco em ELSA DIAS OLIVEIRA, A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet, Livraria Almedina, *passim*.

⁹ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Serviços da Sociedade da Informação: alguns problemas jurídicos do comércio electrónico na Internet*, FDUNL n. 2 – 2001, p. 4

¹⁰ Assim, vide JOEL RAMOS PEREIRA, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid Júris, 2004, pp. 384/385; com algumas variante é a proposta de DÁRIO MOURA VICENTE, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Livraria Almedina, Setembro de 2005, p. 202.

- Business-to-consumer (B2C), quando a contratação se processa entre empresas e particulares;
- Business-to-administration (B2A), quando analisamos as relações entre a empresa e a Administração pública e, finalmente,
- Consumer-to-administration (C2A), onde tratamos das relações entre os particulares e o Estado.

Com *data venia* pelos ilustres subscritores desta proposta, não a podemos sufragar. É nossa imbuída convicção que estamos perante um inequívoco erro etimológico, profundamente redutor para designar a realidade em análise. Se a denominação comércio electrónico é susceptível de baptizar as duas primeiras modalidades, é perfeitamente inapta para descrever realidades pungentes como a Administração Pública Electrónica (vulgarmente designada por governo electrónico), crucial na construção de uma nova democracia.

Sustentamos, portanto, uma delimitação restritiva do conceito, subsumindo a nossa análise ao comércio propriamente dito, ou seja, as relações comerciais entre empresas, entre empresas e particulares, ou mesmo quando o Estado intervenha sem *jus imperii*.

Ainda assim, não estamos satisfeitos com a questão terminológica, nomeadamente com o recurso ao vocábulo “electrónico”; será adequado? Procurando a raiz etimológica da nomenclatura, assaltam-nos dúvidas relacionadas com a sua utilização; num rápido passeio pelo Dicionário da Língua Portuguesa, indagamos que electrónico “diz respeito a dispositivos que dependem do movimento de electrões em semicondutores, gases, ou no vácuo”. É esta a realidade que pretendemos identificar?

Inconformados com a solução, procuramos na expressão “informático” a solução para o dilema; mas o mesmo dicionário ensina que o vocábulo significa “tratamento da informação mediante o uso de computadores”; não sendo errado, é redutor e inexpressivo.

Oferecemos uma nomenclatura diferente: comércio telemático¹¹, sendo que a expressão significa “conjunto de serviços informáticos fornecidos através de uma rede de telecomunicações”, aplicando-se “como uma luva” à realidade em dissecação.

¹¹ No mesmo sentido que nós, NUNO TROCADO COSTA, *Regulando a contratação electrónica*, in Verbo Jurídico (consultado em Maio de 2005), p. 14; a expressão não é esquecida por PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, 9ª Edição, Ediforum, p. 548;

Não obstante ser esta a nossa justificada convicção, cobardemente juntamos a nossa humilde voz à sapiente maioria e, não sem enfado, utilizaremos nestas linhas a expressão tradicional, a tradução literal do anglicanismo *e-commerce*, que se inapto para oferecer uma descrição exacta, tem o mérito de estar enraizado na doutrina (sem me é permitido o anacronismo) e por todos estar assimilado.

Uma segunda classificação, distingue o comércio electrónico em directo e indirecto; este que se caracteriza pelo facto de o acto aquisitivo ser realizado através de meios telemáticos, mas a entrega física dos bens se proceda através dos meios normais de distribuição, reservando-se a noção de comércio electrónico directo para as situações em que a encomenda, pagamento e entrega dos bens se faz exclusivamente na rede, como são exemplos programas de computador, e-books, conteúdos de diversão, entre outros.

Deixado escrito o pressuposto do qual partimos, avançamos para uma segunda definição de comércio electrónico, desta vez, furtada a PUPO CORREIA que define a realidade como a “utilização de tecnologias de informação avançadas para aumento de eficiência de relações entre parceiros comerciais, para desenvolvimento de vendas e prestações de serviços, quer entre empresas, quer ao consumidor final”¹². Apesar de complexa, gostamos e sufragamos.

4. AS FONTES DO COMÉRCIO ELECTRÓNICO

Reconhecida a necessidade de dotar o Comércio Electrónico de legislação específica, atenta a dimensão global da Internet, incompatível com especificidades de cariz territorial, excentricidades de legislação, os Estados Europeus declinaram na UE a responsabilidade de gerar normas jurídicas susceptíveis de harmonizarem as diversas legislações europeias sobre a Sociedade da Informação¹³ em geral, sobre o comércio

¹² PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, 9ª Edição, Ediforum, p. 549.

¹³ Decalcamos a definição de Sociedade da Informação que consta do Livro Verde Português: é “um modo de desenvolvimento social e económico em que a aquisição, armazenamento, processamento, valorização, transmissão, distribuição e disseminação da informação conducente à criação de conhecimento e à satisfação das necessidades dos cidadãos e das empresas, desempenham um papel central na actividade económica, criação de riqueza, na definição da qualidade de vida dos cidadãos e das suas práticas culturais” (*Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal*, Missão para a

electrónico em particular.

Um dos primeiros apontamentos comunitários relacionados com o comércio electrónico foi a publicação pela Comissão Europeia, em 1997, de uma Comunicação intitulada *Iniciativa Europeia para o Comércio Electrónico*, com a compilação de medidas que foram sugeridas para a promoção do comércio electrónico na Europa. Desde então, a somar a numerosos programas de política económica, a União Europeia construiu um quadro legal para os serviços da sociedade da informação e, especificamente, para o comércio electrónico, enquadrado no espírito da liberdade de circulação e nos princípios do mercado interno.

De forma não exaustiva, podemos enumerar com momentos fulcrais da constituição de uma regulação europeia sobre o comércio electrónico:

- Lei nº 109/91 - Sobre a criminalidade informática (Portuguesa) e a recente Convenção do Cibercrime do Conselho da Europa;

- Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância (CE);

- Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro, relativa às assinaturas electrónicas (CE);

- Directiva 2000/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Setembro de 2000, relativa ao acesso à actividade das instituições de moeda electrónica e ao seu exercício, bem como à sua supervisão prudencial (CE);

- Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (*Directiva sobre o comércio electrónico*) (CE);

- Directiva 2001/115/CE, do Conselho, de 20 de Dezembro de 2001, relativa a alguns aspectos sobre a factura electrónica (CE);

- Directiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (*Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas*) (CE).

Se o elenco que traçamos não é exaustivo, a mesma premissa se aplica à legislação vigente; também aqui é fácil identificarmos vácuos

de tratamento jurídico, nomeadamente em duas áreas fundamentais que carecem de respostas positivistas; as fontes não existentes, relacionam-se, desde logo, com:

- disciplina dos nomes de domínio;
- estatuto jurídico dos sítios da Internet.

Antes de indagarmos sobre as soluções concretas oferecidas pela prolixa legislação existente, é lícito esboçar-se uma premissa introdutória. Urge reconhecer o carácter fragmentário das leis sobre o comércio electrónico; sufragamos as palavras de Oliveira Ascensão quando refere que “seria excelente se todos estes aspectos, ou pelo menos os nucleares, fossem objecto de uma disciplina integrada, evitando o aspecto de manta de retalhos que apresenta uma legislação que vai sendo feita ao sabor de impulsos casuísticos, frequentemente exógenos e muitas vezes contraditórios”.

Se concordamos que é urgente criar uma verdadeira Lei do Comércio Electrónico, já não subscrevemos a exigência de um Código do putativo Direito da Informática, ramo de Direito cuja existência encaramos com elevado cepticismo¹⁴.

Com efeito, fazemos parte do restrito conjunto de pessoas que, estudando o tema, não advogam a existência do Direito Electrónico (ou da Informática, ou da Internet, *etc*) como ramo autónomo do Direito. Causa estranheza a nossa posição? Admitimos que sim, mas tentamos explicá-la.

Começamos por firmar o óbvio; estamos perante uma realidade muitíssimo recente; ainda que na globalidade que reina o mundo actual, o primado do imediatismo, uma década possa, numa primeira abordagem, parecer um lapso temporal bastante, sustentamos ser prematura a construção de uma ciência jurídica autónoma; depois, entendemos que as alicerces são demasiado frágeis para permitirem um sustentáculo seguro de regras e princípios jurídicos. Por fim, é nossa profunda e íntima convicção que o punhado de matérias que usam subsumir-se ao Direito da Informática, encontra proficuas respostas nos ramos tradicionais de

¹⁴ *Mutatis mutandis* para outras propostas terminológicas, tais como um eventual Direito da Sociedade de Informação definido como o ramos que disciplina “os problemas suscitados pela produção, transmissão, e utilização deste bem imaterial na base de uma específica ponderação dos valores e interesses em jogo” (DÁRIO MOURA VICENTE, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Livraria Almedina, Setembro de 2005, p. 16).

Direito, onde merecem tratamento específico. Explicamos; a análise ao comércio electrónico, deverá fazer em Direito Comercial; o estudo das motivações e a procura de respostas para a vergonhosa impunidade na rede, encontra a sua sede no estudo do Direito Penal; os problemas relacionados com a assinatura electrónica, têm que ser objecto de estudo no Direito Civil; e, os exemplos são infinitos. A solução que preconizamos, encerra (na modesta opinião de este que a defende) uma dupla vantagem: permitir uma mais correcta sistematização do Direito e facultar o estudo destas complexas temáticas por especialistas das áreas em que as mesmas se integram, permitindo um incremento dos estudos. Terminamos, por ora, sustentando que a artificial tentativa de englobar numa área estanque um amplo e heterogéneo conjunto de matérias, afigura-se-nos redutor.

Dito tudo isto, o passo seguinte deste nosso breve roteiro é a sumária análise, casuística mas não exaustiva, da legislação portuguesa existente.

4.1 É nossa profunda e imbuída convicção que o primeiro diploma legal específico do comércio electrónico é... a *Lei da Criminalidade Informática*¹⁵, (Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto). O desenlace pode causar perplexidade, mas defendemo-nos com a alegação que a existência do comércio electrónico é incompatível com a inexistência de um quadro penal adequado para reprimir comportamentos desviantes na rede. Obviamente que esta premissa é válida para muitíssimas outras realidades, não descuramos. Mas, se fizemos esta afirmação é por sustentarmos que o Comércio Electrónico tem suscitado um amplo conjunto de medos e receios, que entendemos justificar a nossa escolha.

Fundamos a nossa eleição, na crença de que enquanto não diminuirmos fenómenos como o *phising*, a venda *on line* de artigos alegadamente proibidos (medicamentos, jogos de sorte e azar, estupefacientes, diplomas universitários), concorrência desleal, violação de direitos de propriedade industrial, violações de direitos de autor, entre muitos outros, não conseguimos criar um ambiente propício ao virtuoso floresci-

¹⁵ Sobre o tema vide PEDRO JANUÁRIO LOURENÇO, *Criminalidade informática no ciberespaço*, Instituto Jurídico da Comunicação, Coimbra, 2002, PEDRO VERDELHO, ROGÉRIO BRAVO, LOPES ROCHA, *Leis do cibercrime I*, Centro Atlântico, VN Famalicão, 2003, JOEL RAMOS PEREIRA, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid Júris, 2004, pp. 499/624;

mento do comércio electrónico.

Numa brevíssima e superficial resenha sobre a lei, deixando para os especialistas dessa ciências estranha que é o Direito Penal a análise específica dos problemas, encontramos a estatuição de alguns tipos penais, tais como, Falsidade informática (Artigo 4º), Dano relativo a dados ou programas informáticos (Artigo 5º), Sabotagem informática (Artigo 6º), Acesso ilegítimo (Artigo 7º), Intercepção ilegítima (Artigo 8º) e Reprodução ilegítima de programa protegido (Artigo 9º).

Pergunta-nos o incrédulo leitor: poderão estas boas práticas, alicerçadas com um desempenho eficaz das polícias e dos Tribunais aniquilar a ilicitude na Internet? É axiomático que não! Na rede, como fora dela, existirão sempre crimes, comportamentos desviantes, a procura do lucro fácil, pelo que o fenómeno deve ser encarado sem dramatismo, com o pragmatismo que se aplica aos factos consumados.

Mas existirá uma especial perigosidade, uma peculiar conflitualidade de no ambiente cibernético. Sim e não, se nos permitem o contra-senso.

Sem falsos pudores, urge reconhecer que a Internet, como qualquer nova realidade, está sujeita a especiais peculiaridades na sua “infância” mas, com o seu amadurecimento está a demonstrar uma apetência para se tornar um meio com notáveis níveis de segurança.

As motivações para a actual ilicitude na rede, podem reconduzir-se às seguintes categorias:

- Falsa sensação de segurança, que motiva os utilizadores a balizarem as suas actuações na rede com um *deficit* de cuidado, na imbuída mas errónea convicção de que no recato do lar ou na tranquilidade dos escritórios nenhuma acção desvaliosa os pode atingir;

- Analfabetismo informático, ou seja, um arrepiante desconhecimento sobre o mínimo de requisitos básicos sobre o funcionamento da rede, que devem ser entendidos como condição *sine qua non* para a sua utilização, de forma a precaverem-se sobre actuações lesivas de terceiros, pela omissão de condutas que as promovam ou facilitem;

- Anonimato na rede, que inexoravelmente contribui para um despoletar de comportamentos ilícitos na rede, uma metamorfose de condutas, que levam muitos utilizadores a actuarem na rede de forma antagónica ao seu quadro de valores tradicional; sem hipocrisias, a solidão do anonimato, a falsa sensação de absoluta impunidade é um terrível afrodisíaco para ousar na Internet procurar ser o que jamais ousamos ser num ambiente tradicional;

- Desmaterialização dos conteúdos, ou seja, a inexistência de uma base física, palpável, que permite a rápida e eficaz deslocalização;

- A globalização da Internet, *i e*, a possibilidade técnica de viajarmos pelo mundo sentados na nossa cama, escritório, esplanada de um bar, deixando conteúdos esparsos, indagando sobre outros, onde quer que estes estejam alojados.

- Dificuldade de legitimidade dos Estados, que por terem na sua génese uma lógica territorial, encontram extremas dificuldades, não apenas ao nível da imposição de condutas como, sobretudo, no que concerne à imposição efectiva de sanções para comportamentos ilícitos.

Mas, sendo tudo o que fica escrito insofismável, será a tarefa do intérprete entregar-se à cruel evidencia, aceitá-la como inevitável, inelutável ou, rabiscar outros caminhos e outras soluções?

Juntamo-nos aos segundos: dizer que é difícil legalizar a utilização da Internet, é também afirmar que esta tarefa é possível. Se é difícil, vamos encontrar na complexidade o estímulo para procurar soluções que não sendo óptimas, serão as possíveis; sem escamotear que é impossível afastar da rede todos os comportamentos desviantes, vamos concentrarmos em impedir o maior numero possível, congregando mentalidades e, passo a passo, lutar por uma rede mais segura, porque só tendo esta premissa por base se pode caminhar na direcção da credibilidade da Internet.

Um importante aliado nesta missão, é o desenvolvimento do *estado da técnica*. Com efeito, a um impressionante e alucinante ritmo, vão sendo disponibilizadas aos internautas meios e fórmulas que tornam a navegação mais segura, mais fácil, inovações científicas que ajudam a consolidar um ambiente de confiança nos meios cibernéticos.

4.2 De crucial importância para o desenvolvimento das transacções na rede é a determinação da validade dos suportes informáticos. As questões relativas ao tema procuram solucionar-se com a *Lei do documento electrónico*¹⁶ (Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, publicado an-

¹⁶ Para mais desenvolvimentos sobre o tema vide PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, 9ª Edição, Ediforum, pp. 555 e ss., JOEL RAMOS PEREIRA, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid Júris, 2004, pp. 625/650, MANUEL LOPES ROCHA, et al.: *As Leis do Comércio Electrónico. Regime jurídico da assinatura digital e da factura electrónica anotado e comentado*, Matosinhos, Edições Centro Atlântico, 2000, MIGUEL TEIXEIRA de SOUSA, *O valor probatório dos documentos electrónicos*,

tes da Directiva). Com efeito, de certo modo estamos perante a quebra de um paradigma, uma descontinuidade com uma tradição “agarrada” à noção física de papel, enquanto meio idóneo para plasmar declarações de vontade¹⁷.

Com efeito, um dos complexos problemas da implementação do comércio electrónico relaciona-se com o suporte da contratação electrónica; a desmaterialização da Internet suscitou grandes problemas a uma cultura jurídica tradicional assente na importância do escrito em papel. O diploma “foi essencialmente norteador pelo objectivo de criar a base jus-privatística para o desenvolvimento das relações jurídicas de diversa natureza que se concretizam através de documentos electrónicos”¹⁸.

O grande mérito do decreto-lei em análise é ter estancado à nascente a discussão sobre a natureza jurídica do suporte informático; ao usar o vocábulo “documento” e definindo-o como *documento elaborado mediante processamento electrónico de dados e satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita*, o legislador “matou dois coelhos de uma única cajadada”: é um documento e é escrito.

Sufragamos. Sendo exacto que a qualificação é um trabalho da doutrina e não do legislador *in casu* aplaude-se a solução legal de qualificar a declaração emitida por meios electrónicos como um documento, por impedir uma querela estéril e ignóbil.

A título de curiosidade, é interessante sublinhar que o pioneirismo do diploma é aparente, porquanto já no velho Código Comercial se consagra uma solução em todo concordante com o “moderno” diploma actual; com efeito, dispõe o artigo 97 do C. Com que “a correspondência telegráfica será admissível em comércio nos termos e para os efeitos seguintes: § 1.º Os telegramas, cujos originais hajam sido escritos e assinados, ou somente assinados ou firmados pela pessoa em cujo

In Direito da sociedade da informação, Coimbra, Coimbra Editora, 1999-2003.- 2.v., p. 171-201;

¹⁷ Em sintonia com o nosso pensamento, escreve-se: “como a cultura jurídico-económica tradicional estava baseada no uso de suportes escritos em papel para tais declarações, todo esse alicerce conceitual ficou posto em questão quando se deparou a possibilidade de elas passarem a ser remetidas por via electrónica, dando causa a que se questionasse a validade dos contratos deste modo negociados e celebrados.

¹⁸ PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, 9ª Edição, Ediforum, p. 554.

nome são feitos, e aqueles que se provar haverem sido expedidos ou mandados expedir pela pessoa designada como expedidor, terão a força probatória que a lei atribui aos documentos particulares...”

A própria necessidade de um diploma legal específico para o Documento Electrónico¹⁹ é discutível, porquanto, agarrando-nos ao primado, basilar no Direito Civil Português, o Princípio da Liberdade de Forma, parecia desnecessária a regulamentação específica; no entanto, reconhece-se que esta obsta a infrutuosas questiúnculas dogmáticas.

Numa análise ao preceituado legal, procura colmatar-se a necessidade de precaver que o Documento Electrónico responde a três grandes preocupações:

- *Autenticidade*: garantir que o autor aparente é o autor real;
- *Integridade*: afiançar que o documento não sofreu que o modifiquem e adulterem o seu significado;
- *Confidencialidade*: preservação contra acesso não autorizado.

4.3 As afirmações realizadas no ponto precedente ficariam imperfeitas quando não completadas com uma alusão à *assinatura electrónica*²⁰, prevista no mesmo diploma legal, respeitando as exigências da Directiva 1999/93/CE (relativa às assinaturas electrónicas)²¹.

A autenticidade de um documento, exige que o mesmo possa ser imputada a uma determinada pessoa; em regra, tal imputação faz-se mediante uma assinatura autográfica. Sublinhe-se que, esta não é mais do que uma possibilidade de assinatura, porquanto devemos entender

¹⁹ Importa traçar aqui uma magna distinção dentro da noção de Documento Electrónico, para distinguir aqueles que são gerados através de hardware relacionados com os computadores (v.g. as impressoras), também denominados de documentos informáticos, e os documentos que apenas podem ser lidos pelo computador.

²⁰ Sobre o tema vide PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, 9ª Edição, Ediforum, pp. 560 e ss., MANUEL LOPES ROCHA, et al.: *As Leis do Comércio Electrónico. Regime jurídico da assinatura digital e da factura electrónica anotado e comentado*, Matosinhos, Edições Centro Atlântico, 2000, FRANCISCO ANDRADE e LARISA KRASNOPEROVA, *Algumas considerações sobre o regime jurídico da assinatura electrónica e digital, na Rússia e em Portugal*, Scientia iuridica, Braga, t.54n.302(Abr.-Jun. 2005), p. 297-320, SINDE MONTEIRO, *Assinatura electrónica e certificação*, In *Direito da sociedade da informação*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999-2003, 3.V., p. 109-129;

²¹ É comum referir-se que a Directiva, mais do que pretender instituir um regime jurídico para a assinatura electrónica numa óptica de credibilizar o comércio electrónico, visou criar as regras para impulsionar o surgimento das entidades certificadoras.

por assinatura um sinal ou meio, susceptível de ser usada com exclusividade por uma pessoa através da aposição num documento, sinal esse em que o autor revela a sua identidade pessoal de forma inequívoca. Neste sentido, a par da assinatura autográfica, da electrónica, podemos enumerar a impressão digital, a íris, a voz ou qualquer outro meio que individualize uma qualquer pessoa, que lhe confira o carimbo de autenticidade, com uma fiabilidade bem superior à assinatura autográfica, tantas e tantas vezes vítima de vis falsificações.

O que é axiomático é que as comunicações e o comércio electrónico necessitam de “assinaturas electrónicas” e de serviços a elas associados, que permitam a autenticação dos dados.

Mais. Importa que o quadro legislativo tenha sede comunitária, porquanto a existência de regras divergentes quanto ao reconhecimento legal das assinaturas electrónicas e à acreditação dos prestadores de serviços de certificação nos Estados-membros poderiam criar um obstáculo importante à utilização das comunicações electrónicas e do comércio electrónico, dificultando assim o desenvolvimento do mercado interno; por outro lado, a existência de um quadro comunitário claro para as assinaturas electrónicas reforça a confiança e a aceitação geral das novas tecnologias.

Dentro das potencialidades para gerar uma assinatura por meios electrónicos, deverá privilegiar-se um meio que seja apto para:

- a) Estar associada inequivocamente ao signatário;
- b) Permitir identificar o signatário;
- c) Ser criada com meios que o signatário pode manter sob seu controlo exclusivo; e
- d) Estar ligada aos dados a que diz respeito, de tal modo que qualquer alteração subsequente dos dados seja detectável.

O caminho traçado pelo legislador, não obstante uma assertiva política de neutralidade tecnológica, passou pela consagração da denominada “assinatura electrónica avançada”, que consiste na *assinatura digital de criptografia assimétrica*, que gera e atribui ao titular uma chave privada e uma chave pública; o titular, para assinar um documento, utiliza a sua chave privada e a assinatura será verificada pelo destinatário pelo recurso à chave pública. Pelo recurso à assinatura digital assimétrica garante-se a autenticidade da autoria e a integridade do documento no qual foi aposta.

Pode-se afirmar que a Directiva mais do que construir a afirmação

da validade dos documentos electrónicos, a Directiva procurou desenvolver a a actividade económica de prestação de serviços de certificação electrónica, subalternizado o papel da assinatura como meio de conferir validade aos documentos.

4.4. Intrinsecamente conexionado com a noção de comércio, está o pagamento dos bens transaccionados. É axiomático que um dos aspectos mais complexos da contratação electrónica é a desconfiança inerente à virtualidade das relações entre os contraentes, especificamente a certeza de que o bem vai ser pago, a certeza de que estou a pagar ao verdadeiro credor; parodiando o génio, receber ou não receber, eis a questão!

Um primeiro passo para a tentativa para solucionar o problema, passou pela consagração da chamada *Moeda Electrónica*²², que começou a ganhar forma com a Directiva 2000/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Setembro de 2000, relativa ao acesso à actividade das instituições de moeda electrónica e ao seu exercício, bem como à sua supervisão prudencial.

Segundo a Directiva, a moeda electrónica pode ser considerada como um substituto electrónico das moedas e notas de banco, que é armazenado num suporte electrónico tal como um cartão inteligente ou na memória de um computador e se destina geralmente a efectuar pagamentos electrónicos de quantias limitadas.

As entidades emitentes de moeda electrónica são aquelas que cumprem os requisitos exigidos pela Directiva, bem como, os requisitos decorrentes das transposições para o Direito Interno do País onde estas entidades pretendem alojar-se! Estas entidades denominam-se de “Instituição de moeda electrónica”, sendo definidas na Directiva como “uma empresa ou qualquer outra pessoa colectiva, que não uma instituição de crédito definida na alínea a) do primeiro parágrafo do ponto 1 do artigo 1º da Directiva 2000/12/CE, que emite meios de pagamento sob a forma de moeda electrónica”.

²² JOEL RAMOS PEREIRA, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid Júris, 2004, p. 695 e ss., PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, Ediforum, pp. 604/605, FERNANDO CONCEIÇÃO NUNES, *As instituições da moeda electrónica*, Revista Inforbanca, 61, Abril-Junho 2004, Instituto da Formação Bancária, 2004, MARIA VITÓRIA ROCHA, *Novos meios de pagamento no comércio electrónico (e-commerce)*, *Direito da Sociedade da Informação VOL V*, Coimbra Editora, 2004.

Analisando o teor do diploma, constata-se que a sua função primeira é criar as bases jurídicas para o surgimento da Moeda Electrónica, nomeadamente dos requisitos exigidos às Empresas, bem como a forma de supervisão.

Em suma, o que está aqui em causa é criar uma *e-moeda*, que permita realizar com segurança transacções *on line*, pela utilização das virtualidades das novas tecnologias para realizar os pagamentos.

Colocando na nossa análise um olhar pragmático sobre a realidade dos factos, identificamos que a complexa tarefa de realizar pagamentos no âmbito do comércio electrónico tem encontrado sustentáculo no recurso à Transferência Electrónica de Fundos²³ (EFT), que abrange:

- em sentido amplo, os cartões de crédito, cartões de débito, cartões de pré-pagamento, porta-moedas electrónico, MBNet, etc;

- em sentido estrito, “os meios de transferência originada através de um meio electrónico de processamento de dados para transmitir a uma instituição financeira uma ordem de movimentação de uma conta”²⁴.

Por fim, uma breve nota uma redundância, quiçá injustificada neste contexto, mas que a consciência nos dita para o papel: nada obsta que no comércio electrónico o pagamento se faça nos moldes tradicionais, através do nosso velho amigo papel-moeda.

4.5. De extrema premência, não somente para o desenrolar do comércio electrónico, como igualmente o comércio em geral, mas ainda numa óptica de responsabilidade ambiental (ironizamos no nosso ensino que a sua massificação poderia contribuir para um diminuir dos incêndios) é a possibilidade de emitir *facturas electrónicas*²⁵.

A importância económica desta valência é manifesta; basta pensar-

²³ Sobre o tema, no Direito Português, por todos, MARIA RAQUEL GUIMARÃES, *As transferências electrónicas de fundos e os cartões de débito*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, *passim*;

²⁴ PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, Ediforum, pp. 604/605.

²⁵ Sobre o tema *vide* MANUEL LOPES ROCHA, *A factura electrónica: uma reforma ainda necessária?*, In: *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação: actas do Colóquio organizado pelo IJC em 23 de Abril de 1998*, Coimbra, Instituto Jurídico da Comunicação, 1999, p. 275-293, PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, Ediforum, pp. 600 e ss., MANUEL LOPES ROCHA e MÁRIO MACEDO, *Direito no Ciberespaço*, Edições Cosmos, Lisboa, 1996, pp. 123 e ss., JOEL RAMOS PEREIRA, *Direito da Internet e Comércio Electrónico*, Lisboa, Quid Juris, 2001, pp. 651 e ss.

se nas empresas que mensalmente emitem milhões de facturas, com valores unitários a rondar o 1€, comecem a fazê-lo em ambiente cibernético, por aproximadamente um quarto do valor.

A sustentação legal para a vicissitude erigiu-se com a Directiva 2001/115/CE relativa à factura electrónica.

Arriscando iniciar... pelo início, definimos factura como o documento apto a proporcionar a prova das transacções comerciais, contendo os seus elementos essenciais; por seu turno, a factura electrónica sendo uma alternativa desejável nas relações comerciais tradicionais, é imperativa nas transacções através da transferência electrónica de dados (EDI).

Recorrendo ao brocardo popular, o estabelecimento em Portugal do quadro legal da factura electrónica foi “um parto difícil”; o legislador luso criou um diploma específico no longínquo ano de 1999, embora, por questiúnculas burocráticas nunca tenha entrado em vigor.

Posteriormente uma Directiva do Conselho, teceu o quadro jurídico fundamental para a admissibilidade das facturas electrónicas, nomeadamente as menções obrigatórias, a armazenagem, a transmissão de facturas, os meios de controlo das Administrações Fiscais, e, obviamente, garantias da autenticidade e integridade dos documentos, abrindo o caminho para o surgimento de mais esta valência relacionado com a Sociedade da Informação, ao encontra da há muito idealizada *Paperless Society*.

4.6 Todas as considerações introdutórias que fomos esboçando, conduzem-nos à análise da *Directiva do Comércio Electrónico*²⁶, pedra angular para a dissecação desta temática.

²⁶ Sobre o tema vide JOEL RAMOS PEREIRA, *Direito da Internet e Comércio Electrónico*, Lisboa, Quid Juris, 2001, pp. 31-36, 132-140 e 169-180, PEDRO AMORIM, *A transposição da Directiva comércio electrónico*, Boletim da Ordem dos Advogados, Lisboa, n.22 (Set.-Out.2002), p.20 e ss. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, Livraria Almedina, 1999, Manuel Lopes Rocha[et al.], *As leis do comércio electrónico*, Edições Centro Atlântico, 2000, AAVV, *Lei do Comércio Electrónico* Anotada, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, AAVV, Coimbra Editora, 2005, OLIVEIRA ASCENSÃO et al.: *Perspectiva jurídica* in AA.VV.: *O Comércio electrónico em Portugal. O quadro legal e o negócio*, ANACOM, 2004, pp. 104-208, N. TROCADO DA COSTA, *Regulando a contratação electrónica*, in *Verbo Jurídico*, 2005.

Uma nota inicial para a nomenclatura da Directiva; é inequivocamente redutora, porquanto, nem esgota o comércio electrónico²⁷, nem se esgota no comércio electrónico, sendo um dos diplomas legais fundamentais sobre o Direito e a Internet.

Na sua filosofia pretende alcançar três objectivos fundamentais:

- Facilitar o crescimento da utilização da Internet; é neste sentido que devemos entender o regime da liberdade de estabelecimento e da prestação de serviços em rede dentro do espaço da União Europeia, aspecto que deve ser entendido como uma pedra angular do regime jurídico erigido por este diploma.

- Consagrar a inexistência de um dever de controlo por parte dos ISP; com efeito, a Directiva e as diversas leis nacionais que a transpuseram, proclamam o princípio da quase irresponsabilidade dos *Internet Service Providers*, eximindo-os de um dever de vigilância sobre os conteúdos que transmitem ou alojam.

- Estatuir regras conducentes à protecção do consumidor, que, como se já deixou escrito, sendo o destinatário do comércio e um potencial beneficiado pelo mesmo, não está imune a riscos e perigos de actuações desvaliosas.

Sobre o tema específico da contratação electrónica, é assumido desiderato da Directiva remover todos os obstáculos legais à proliferação daquela.

No que concerne às soluções concretas apresentadas pela Directiva emerge, desde logo, um aspecto fundamental: a definição da contratação electrónica como um contrato à distância e a subsequente sujeição às regras específicas dos contratos entre ausentes, que carrila um adensamento da protecção ao consumidor.

Fazemos aqui expressa referência à Directiva 97/7/CE do Parla-

²⁷ Neste sentido, sublinha OLIVEIRAASCENSÃO que a Directiva é a soma de seis disciplinas avulsas; livre prestação de serviços, circulação de serviços, responsabilidade dos prestadores, as comunicações comerciais, as sanções e a celebração de contratos electrónicos (In, *Contratação electrónica*, Direito da Sociedade de Informação, Volume IV, Coimbra Editora, 2003, p. 45); no mesmo sentido, ensina o preambulo do Decreto que procedeu à transcrição, que "a directiva sobre comércio electrónico, não obstante a designação, não regula todo o comércio electrónico: deixa amplas zonas em aberto ou porque fazem parte do conteúdo de outras directivas ou porque não foram consideradas suficientemente consolidadas para uma harmonização comunitária ou, ainda, porque não carecem desta".

mento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997 relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância, directamente aplicável *in casu*.

De peculiar pertinência para a temática que nos propusemos dissecar, são os princípios fundamentais que nortearam o presente diploma, mormente:

- Direito à informação;
- Direito de confirmação escrita do conteúdo da oferta;
- Direito de resolução imotivado ou de retratação, pelo prazo de 14 dias.

Não nos delongaremos nesta análise, porquanto afastaria a premisa inicial de nos limitarmos a percorrer as estradas do comércio electrónico, sem nos determos nas descrições das paisagens; sublinhamos apenas, a crucial importância de qualificar o contrato telemático como contrato à distancia, fazendo-o beneficiar das excepcionais protecções a estes destinadas, fundamental para incrementar a confiança de um consumidor que, regra geral, olha com um desdém temeroso as virtualidades do comércio electrónico, mormente ao nível da segurança.

A Directiva do Comércio Electrónico, no que directamente concerne com a problemática específica da contratação electrónica, estabelece ainda alguns primados, que sumariamente desfilamos:

- Princípio da livre prestação de serviços²⁸ – pretende-se sublinhar a desnecessidade de obter autorização específica para o exercício do comércio electrónico, numa declarada política de impedir todos os condicionamentos legais que obstem ao acesso ao comércio electrónico, patente no carácter restritivo e taxativo das excepções permitidas no diploma legal.

- Regime de responsabilidade dos *Internet Service Providers* – em concreto, estaremos mais na presença de um regime de irresponsabilidade dos ISP, pela inexistência de um dever de controlo efectivo e a correlativa desresponsabilização pelos conteúdos que transmitem ou que alojam, salvo raras e tipificadas excepções.

- Consagração de Meios extrajudiciais de resolução de litígios, com o intuito de permitir uma forma célebre e pouca dispendiosa de dirimir

²⁸ DIAS PEREIRA, *A liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno e a protecção do consumidor segundo a directiva sobre comércio electrónico*, in Verbo Jurídico.

conflitos existentes na Internet; se o princípio merece o nosso efusivo aplauso, já deixamos escritas bastantes interjeições à forma como este Instituto foi erigido no Direito pátrio²⁹.

- Princípio da equiparação – a base jurídica fundamental da contratação electrónica é tendencialmente equiparada à contratação comum, nomeadamente:

- aplicação do regime comuns dos negócios jurídicos;

- aplicabilidade das regras dos contratos de adesão;

- A defesa da auto-regulação – no que a este aspecto concerne, juntamos o nosso receio à indignação de OLIVEIRA ASCENSÃO, furtando as suas palavras quando escreve que “a directiva manifesta uma grande preferência pela auto-disciplina, devendo os Estados-Membros incentivar a redacção de códigos de conduta (art. 16). É o esquema mais anglo-americano, que tem a vantagem da ductibilidade, e o risco permanente da unilateralidade. É bom que não se verifique a renúncia à intervenção de poderes públicos”³⁰.

Plasmados os grandes princípios que foram erigidos com a Directiva, será o momento de analisarmos algumas particularidades do regime específico, debruçando o nosso olhar para a forma com o legislador português entendeu proceder à transposição do diploma comunitário. Com efeito, a Directiva foi transporta para o Direito Interno, corria o ano de 2004, dando origem ao Decreto-Lei 7/2004 que procura, de uma única assentada, estabelecer o quadro fundamental deste Instituto no Direito Interno, não se limitando à mera transposição da Directiva, mas ousando inovar. Parafraseando a fonte, podemos afirmar que o supra referido Decreto “vem regulamentar, em linhas gerais, as obrigações de informação dos prestadores de serviço na sociedade da informação; as condições de irresponsabilidade dos prestadores intermediários de serviços...; as comunicações publicitárias em rede e o marketing directo; a celebração de contratos por via electrónica; e, a permissividade do funcionamento em linha de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos. Adicionalmente, é instituído um mecanismo de solução provisória de litígios para dirimir questões que possam surgir quando à

²⁹ *Os Internet Service Providers e o Direito: são criminosos, são cúmplices, são parceiros da justiça, polícias ou juizes?* in *Verbo Jurídico*.

³⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Perspectiva Jurídica*, AA.VV., *O Comércio electrónico em Portugal. O quadro legal e o negócio*, ANACOM, 2004, p. 108.

ilicitude de conteúdos disponíveis na rede³¹. Merecem referência ainda as inovações legislativas lusas, mormente o regime de responsabilidade pelas associações de conteúdos, o tratamento unitária das comunicações não solicitadas, para focar as que sustentamos terem maior pertinência. *Brevitatis causa*, vamos apenas analisar os aspectos que nos parecem mais relevantes, sem cuidar de realizar uma detalhada dissecação.

Começamos por frisar que a norma interna não pretende atingir o pleno, fazendo um conjunto de exclusões, tais como a matéria fiscal, disciplina da concorrência, o tratamento de dados pessoais e da protecção da privacidade, patrocínio judiciário, os jogos de fortuna, incluindo lotarias e apostas, em que é feita uma aposta em dinheiro e as actividades notarial ou equiparadas, enquanto caracterizadas pela fé pública ou por outras manifestações de poderes públicos.

Na senda da Directiva (obviamente) consagra o princípio da liberdade de exercício desta actividade, embora com as restrições constantes do artigo 7º. No que especificamente concerne ao Comércio Electrónico merece especial referencia a desmistificação do alcance do Decreto-Lei que se assume como genérico, dispondo no seu artigo 24º que “*as disposições deste capítulo são aplicáveis a todo o tipo de contratos celebrados por via electrónica ou informática, sejam ou não qualificáveis como comerciais*”, para passar a regular sobre a liberdade de celebração, sobre a validade formal dos documentos electrónicos, protecção do consumidor, nomeadamente a estatuição da obrigatoriedade de existir uma forma de identificar e corrigir erros antes de finalizar uma encomenda. De crucial pertinência é a consagração de um conjunto de direitos de informação e um regime de confirmação da recepção da ordem de encomenda.

Embora a Directiva não determine o momento da fixação do contrato, a lei interna, envolveu-se nessa temática, regulando-a, ainda que de uma forma um pouco enigmática, dispondo que a estamos perante uma proposta negocial, quando a oferta contiver todos os elementos necessários. Ainda à margem da Directiva, o diploma interno penetrou no complexo mundo dos contratos sem intervenção humana³², para sus-

³¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Perspectiva Jurídica*, AA. VV., *O Comércio electrónico em Portugal. O quadro legal e o negócio*, ANACOM, 2004, p. 127.

³² PAULA COSTA E SILVA, *A contratação automatizada*, Direito da Sociedade da Informação VOL IV, Coimbra Editora, 2003, DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *O audiovisual e a Internet A contratação electrónica automatizada*, Direito da Sociedade da

tentar que “à contratação celebrada exclusivamente por meio de computadores, sem intervenção humana, é aplicável o regime comum, salvo quando este pressupuser uma actuação. São aplicáveis as disposições sobre erro: na formação da vontade, se houver erro de programação; na declaração, se houver defeito de funcionamento da máquina; e na transmissão, se a mensagem chegar deformada ao seu destino.”

5. A CONTRATAÇÃO ELECTRÓNICA NO DIREITO PORTUGUÊS (BREVE SÍNTESE)

Realizada uma peregrinação meramente ilustrativa do quadro legal vigente, deixamos escritas breves notas sobre o regime jurídico da contratação electrónico.

A primeira característica que urge sublinhar, porventura despicienda para o mais atento dos leitores, é qualifica-lo como um contrato e, como tal, aplicasse-lhe a teoria geral do contrato. Enfatizamos. Aos contratos celebrados através da Internet aplicam-se as regras gerais dos negócios jurídicos, quer ao nível das incapacidades (menoridade, interdição, inabilitação, etc), como relativas ao erro, dolo, coação, vícios de forma, etc. assim, se um catraio adolescente, munido do cartão de crédito surripiado aos progenitores adquirir um produto em um qualquer *site*, anglicanismo para sítio, que obviamente não tem como saber que está a negociar com um menor, a validade do contrato pode ser atacada, devido à incapacidade de exercício. É fácil aprender que a solução arrelia os prestadores de serviço na rede, mas no quadro legislativo actual é a única dogmaticamente aceitável.

Depois, e tendo por perto o Decreto-Lei sobre o Comércio Electrónico, mormente o artigo 24 e seguintes, cai mais um dogma; o preceituado lugar não tem aspirações a regular o comércio electrónico, mas a contratação electrónica, seja ou não comercial.

Com o declarado intuito de dar credibilidade ao comércio electrónico, assistimos a uma estatuição quase picuinhas dos deveres de informação, como se comprova pela leitura do art.º 28º, bem como, em relação a forma (sobre o tema, dissertámos supra).

Continuando a diáspora pelo intrincado regime, recordamos o que antes sublinhamos; este é um contrato entre ausentes, pelo que se lhe

aplicam as benevolentes regras dos contratos à distância; no mesmo sentido, reconhece-se que em regra, assistimos nestes contratos a uma derrogação da possibilidade prática da liberdade da estipulação contratual, sendo comum as cláusulas serem estatuídas por uma das partes, o prestador de serviços em rede, limitando-se a contraparte a aderir a um clausurado pré-determinado; tudo isto, para esclarecer que estamos, via de regra, perante contratos de adesão e, como tal, beneficiando das regras protectoras do decreto-lei das Cláusulas Contratuais Gerais.

Passamos agora à formação do contrato.

De extrema celeuma doutrinal³³, à qual aiosamente nos esgueiramos, é o momento da perfeição do contrato³⁴, em concreto, saber se qualificamos a oferta na rede como proposta ao público ou convide a contratar. O Decreto-Lei pátrio tenta resolver o dilema através de uma rebuscada fórmula que, *data venia*, não nos parece nada esclarecedora de tão enigmática que é a sua formulação. Repetindo um lugar comum, não raras vezes esquecido, esta é uma querela doutrinária, pelo que não nos parece prudente a precipitada intervenção do legislador.

Mas será a premissa válida para os negócios celebrados entre computadores?

Sustenta-se que a resposta a esta a pergunta, exige esclarecer uma questão prejudicial: é lícito qualificar como contrato uma relação jurídica entre máquinas, com ausências de manifestações humanas de vontade? É um tema demasiado complexo para nos aventurarmos nestas linhas.

E, com o devido respeito, a sua análise não nos parece obrigatória; ainda que em última análise sejam as máquinas a concretizar a contratação, foram configuradas para alcançar esse desiderato; essa configuração, imediata ou mediamente reconduz-se a uma manifestação de

³³ Sobre o tema *vide* OLIVEIRA ASCENSÃO, *Contratação electrónica*, Direito da Sociedade de Informação, Volume IV, Coimbra Editora, 2003, pp. 58 e ss., DÁRIO MOURA VICENTE, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Livraria Almedina, Setembro de 2005, pp. 204 e ss.

³⁴ Refira-se que a problemática não é específica do contratos electrónicos, colocando-se com a mesma premência no comércio tradicional, onde se discute se a exposição de produtos é uma proposta contratual ou, como sustenta MEDICUS “nem sequer há obrigação de vender o produto que está à vista no escaparate da loja!” (*apud*, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Contratação electrónica*, Direito da Sociedade de Informação, Volume IV, Coimbra Editora, 2003, p. 60).

vontade que poderá imputar-se a uma qualquer pessoa, pelo que se pode enquadrar na noção de contrato.

Uma complexidade estancada com o regime legal, relaciona-se com a forma da declaração, que “valerá com declaração escrita a declaração negocial expressa em caracteres e registada num suporte informático (v. g. o disco rígido de um computador) que permita a sua conservação e posterior leitura por um ser humano, ainda que por intermédio de uma máquina”³⁵.

Assim, nos termos do que antes escrevemos sobre a Directiva e Decreto-lei dos Documentos electrónicos, há uma equiparação ao documento tradicional, mormente ao documento assinado, quando do electrónico consta a assinatura electrónica avançada, ao abrigo do princípio da equivalência.

6. CONCLUSÕES

Não se espere de nós, num ambiente de um estudo que assumimos ser sobretudo descritivo, conclusões de especial pertinência ou invulgar acutilância. Procurámos nestas linhas, bem como nas conferências que as motivaram, viajar sobre o complexo mundo do intrincado regime jurídico do comércio electrónico, indagando sobre “o estado da arte”, sem investigar as valências e defeitos das soluções concretas. Para um estudo mais aprofundado sobre cada um dos tópicos que enumerámos, deixamos bibliografia pormenorizada que auxiliarão aquele que nos lê a aprofundar os seus conhecimentos específicos.

Se resolvemos não ensaiar soluções, sendo somente descritivos na análise, não nos coibimos de frisar a crucial importância económica do Comércio Electrónico na nova ordem mundial, nomeadamente como forma de democratizar o mercado. Enfatizamos este aspecto. As idiosincrasias da Internet oferecem a saudável valência de permitir criar ciclos de concorrência perfeita à escala global, estancando o imobilismo territorial, os mercados rarefeitos e apertados, possibilitando que cada pequeno empresário comunique directamente com o mundo, vendendo os seus produtos ou prestando os seus serviços para os quatro cantos deste mundo redondo.

³⁵ DÁRIO MOURA VICENTE, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Livraria Almedina, Setembro de 2005, p. 228.

Quando dissertamos sobre o regime jurídico do comércio electrónico, identificamos a existência de um contrato. Frisamos. Clarificar que estamos perante um contrato, permite-nos beber de todas os princípios e valores que regem este ancestral Instituto, que são directamente aplicáveis a esta nova realidade. Por outro lado, o contrato telemático é um contrato entre ausentes, qualificação esta que permite aplicar-lhes, todas as regras jurídicas que norteiam este tipo específico de contratação.

Servem as antecedentes considerações para oferecer a base teórica da subsequente afirmação: o comércio electrónico oferece no momento actual um grau muitíssimo satisfatório de segurança e fiabilidade, sendo um meio rápido e seguro para o consumidor saciar as suas necessidades aquisitivas, para explorar novos produtos, para auxiliar na complexa tarefa de eleger o mais adequado da pandilha das ofertas.

Mas o bom não significa o óptimo: existem lacunas que não podemos escamotear! Exige-se com premência um tratamento sistemático da contratação electrónica, perdida numa complexa teia de díspares diplomas, nem sempre conciliáveis, que dificultam o profícuo conhecimento da lei, sendo um inexplicável entrave ao desenvolvimento desta ferramenta da rede. E tal é possível efectuar-se sem corromper os primados do Direito Comunitário, fonte primeira e fundamental da legislação vigente.

Uma palavra critica relacionada com a segurança na rede; não se procure, porque só injustamente se encontra, incongruência entre defender que a rede é segura e a necessidade de aumentar a segurança na rede. Trazemos aqui à colação a querela entre a segurança e o sentimento de insegurança; se para um utilizador astuto e cauteloso, as aquisições em ambiente electrónico se fazem com elevados níveis de fiabilidade, é também verdade que o cidadão comum teme este meio, que por desconhecimento dos mecanismos técnicos é susceptível de ser ludibriado, de induzido em engodo. Para tanto, não deixam de contribuir uma imprensa pouco preparada e um rol de “mitos urbanos”, que têm criado a ilusória convicção de um espaço “sem rei nem roque”, caprichoso, perigoso, que convém evitar.

Beja, 22 de Fevereiro de 2007

BIBLIOGRAFIA

AAVV, *Lei do Comércio Electrónico Anotada*, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, AAVV, Coimbra Editora, 2005.

AAVV, *As Leis do Comércio Electrónico, regime jurídico da assinatura digital e de factura electrónica*, Centro Atlântico, 2000.

AA.VV.: *Sociedade da Informação. Estudos Jurídicos. Seminário organizado pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999.

AMORIM, Pedro Patrício, A transposição da Directiva comércio electrónico, *Boletim da Ordem dos Advogados*, Lisboa, n. 22 (Set.-Out. 2002), p. 20 e ss.

ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco e Larisa Krasnoperova, *Algumas considerações sobre o regime jurídico da assinatura electrónica e digital, na Rússia e em Portugal*, *Scientia iuridica*, Braga, t.54n.302 (Abr.-Jun.2005), p. 297-320.

ASCENSÃO, Oliveira, *Criminalidade Informática*, Direito da Sociedade da Informação, Vol. II, Coimbra Editora, 2001.

- *Perspectiva Jurídica*, AA.VV., *O Comércio electrónico em Portugal. O quadro legal e o negócio*, ANACOM, 2004, pp. 104-208.

- *Contratação electrónica*, Direito da Sociedade de Informação, Volume IV, Coimbra Editora, 2003.

BRASIL, Angela Bittencourt, *Responsabilidade dos Provedores de Internet*, in www.e-juridico.com.br (consultado em Fevereiro de 2005).

BRIGANTI, Giuseppe, *Responsabilità del provider per violazione del diritto d'autore*, in www.privacy.it (consultado em Março de 2005).

CAMMARATA, Manlio, *Sotto torchio gli operatori della Rete*, www.interlex.it (consultado em Março de 2005).

Idem, *La trappole nei contratti di hosting*, www.interlex.it (consultado em Março de 2005).

CASIMIRO, Sofia Vasconcelos, *A responsabilidade civil pelo conteúdo da Informação transmitida pela Internet*, Livraria Almedina, Novembro, 2000.

- *Contributo dos Prestadores de Serviço na Internet na realização da justiça*, in www.oa.pt/direitonarede consultado em Janeiro de 2005.

CIOMMO, Francesco di, *Responsabilità civili in Internet: i sog-*

getti, i compartamenti illeciti, le tutele, www.altalex.com (consultado em Março de 2005).

CORDEIRO, Menezes, *Direito das Obrigações*, Volume II, 2.^a Edição, Lisboa, AAFDL, 1986.

CORREIA, Miguel Pupo, *Comércio electrónico: forma e segurança*, In: As telecomunicações e o direito na sociedade da informação: actas do Colóquio organizado pelo IJC em 23 de Abril de 1998, Coimbra, Instituto Jurídico da Comunicação, 1999, p. 223-258.

- *Direito Comercial*, 9^a Edição, Ediforum.

COSTA, Almeida, *Direito das Obrigações*, 8^a Edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2001.

COSTA, Nuno Trocado, Regulando a contratação electrónica, in Verbo Jurídico (consultado em Maio de 2006).

FARINHO, Domingos Soares, *Intimidade da Vida Privada e Média no Ciberespaço*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006.

FILHO, Demócrito Reinaldo, *A responsabilidade do proprietário de site que utiliza “fóruns de discussão” (Decisão da corte argentina)*, in www.boletimjuridico.com.br (Consultado em Março de 2005).

FRADA, Manuel Carneiro da, “*Vinho Novo em Odres Velhos*”? – *A responsabilidade civil das “operadoras de Internet” e a doutrina da imputação de danos*, Direito da Sociedade da Informação, Vol. II, Coimbra Editora, 2001, p. 7 e ss..

GIACOPUZZI, Luca, *La responsabilità del Provider*, www.diritto.it (consultado em Março de 2005).

GONÇALVES, Maria Eduarda, *Direito da Informação, Novos Direitos e formas de regulamentação na Sociedade da Informação*, Livraria Almedina, Abril, 2003.

GONÇALVES, Vítor Fernandes, *A responsabilidade civil na INTERNET*, in www.cahiers.org (consultado em Fevereiro de 2005).

LANÇA SILVA, Hugo, *Monitorização da Internet: onde fica o Direito à Privacidade*, in Revista de Direito Electrónico, Volume IX, Ano III, (2006).

- *O Processo electrónico numa perspectiva portuguesa* no prelo, a publicar como posfácio do Manual de Processo Civil do Prof. José Carlos Almeida Filho, Brasil; (2006).

- *Os chats e o Direito: análise a um espaço inóspito ao Direito*, Revista de Estudos Empresariais e Jurídicos, X, (2006).

- *Os Internet Service Providers e o Direito: são criminosos, são*

cúmplices, são parceiros da justiça, polícias ou juízes?, Verbo Jurídico in <http://www.verbojuridico.net/doutrina/tecnologia/isp.html>, (2005).

- *Direito da Família e Internet: a infidelidade virtual é um mito ou uma realidade com efeitos jurídicos*, Verbo Jurídico in <http://www.verbojuridico.net/doutrina/tecnologia/infidelidadevirtual.html>, (2005).

- *O Direito no mundo dos blogues: aproximação à problemática numa perspectiva da responsabilidade civil pelos conteúdos*, Verbo Jurídico in <http://www.verbojuridico.net/doutrina/tecnologia/blogues.html>, (2005).

- *Marcas e Nomes de Domínio: em busca da compatibilidade*, Verbo Jurídico in http://www.verbojuridico.net/doutrina/autor/marcas_sonoras.html

LEITÃO, Luís Menezes, *A Responsabilidade Civil na Internet*, ROA, Ano 61, Janeiro de 2001, pp. 171 e ss.

- *Direito das Obrigações*, Volume I, Coimbra, Livraria Almedina, 2002.

MARQUES, Ana Margarida, ANJOS, Mafalda e VAZ, Sónia Queiroz, *101 perguntas e respostas do Direito da Internet e da Informática*, Centro Atlântico, 2002.

MARQUES, Garcia e Lourenço Martins: *Direito da Informática*, Livraria Almedina, Coimbra, 2000.

MONTEIRO, António Pinto, *A responsabilidade civil na negociação informática*, Direito da Sociedade da Informação, Vol. I, Coimbra Editora, 1999, p. 229-240.

MONTEIRO, Jorge Sinde, *Assinatura electrónica e certificação*, In Direito da sociedade da informação, Coimbra, Coimbra Editora, 1999-2003, 3.V., p. 109-129.

OLIVEIRA, Elsa Dias, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet, contributo para uma análise numa perspectiva material e interacionalprivatista*, Livraria Almedina, Março, 2002.

PEREIRA, Alexandre Dias, *Serviços da Sociedade da Informação: alguns problemas jurídicos do comércio electrónico na Internet*, FDUNL n. 2 – 2001.

PEREIRA, Joel Timóteo, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid Juris, 2004.

- *Direito da Internet e Comércio Electrónico*, Lisboa, Quid Juris, 2001, pp. 31-36, 132-140 e 169-180.

PERINO, Lorenzo, *Internet e contenuti illeciti: il regime di responsabilità degli Internet Service Provider*, www.apogeeonline.com

PIRES, Alexandre Fraga, *A solução provisória de litígios e o regime sancionatório*, in *O Comércio electrónico em Portugal. O quadro legal e o negócio*, ANACOM, 2004, pp. 191-208.

QUERIDO Paulo e ENE, Luís, *Blogs*, Editora Centro Atlântico.pt, Portugal, 2003.

ROCHA, Manuel Lopes, Parecer de 27 de Janeiro de 2004, *Inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 7/2004*, www.oa.pt

- *Direito da Informática nos Tribunais Portugueses 1990-1998*, Centro Atlântico, 1999.

- *Direito da Informática. Legislação e Deontologia*, Edições Cosmos, Lisboa, 1994.

ROCHA, Manuel Lopes *et al.*: *As Leis do Comércio Electrónico. Regime jurídico da assinatura digital e da factura electrónica anotado e comentado*, Matosinhos, Edições Centro Atlântico, 2000.

- ROCHA, Manuel Lopes, *A factura electrónica: uma reforma ainda necessária?*, In: *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação* : actas do Colóquio organizado pelo IJC em 23 de Abril de 1998, Coimbra, Instituto Jurídico da Comunicação, 1999, pp. 275-293.

ROCHA, Manuel Lopes e MACEDO, Mário: *Direito no Ciberespaço*, Edições Cosmos, Lisboa, 1996.

SANTOS, António, Maria Gonçalves, Maria Leitão Marques, *Direito Económico*, 5ª Edição, Livraria Almedina, Outubro, 2004.

SOUSA, Miguel Teixeira de, *O valor probatório dos documentos electrónicos*, In *Direito da sociedade da informação*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999-2003.- 2.v., p. 171-201.

SPAGNOLETTI, Valeria, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti di Internet* in www.giuffre.it (consultado em Março de 2005).

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7ª Edição, Coimbra Editora, 1997.

TRABUCCO, Cláudia, *Responsabilidade e desresponsabilização dos prestadores de serviço em rede*, in *O Comércio electrónico em Portugal. O quadro legal e o negócio*, ANACOM, 2004, pp. 142-156.

VARELA, João de Matos Antunes, *Direito das Obrigações em geral*, Vol. I, 8ª Edição, Livraria Almedina, Coimbra.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, in *Lei do Comércio Electrónico Anotada*, AAVV, Coimbra Editora, 2005, pp. 267-290.

VICENTE, Dário Moura: *Comércio electrónico e responsabilidade empresarial*, in AA.VV.: *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Coimbra, Faculdade de Direito de Lisboa/Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, 2003, pp. 241-288.

- *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Livraria Almedina, Setembro de 2005.